✠

19

POR
D.ⁿ FRANCISCO XUAREZ
DE CASTILLA BALCARCEL,

CORONEL DEL REGIM.ᵗᵒ DE MILICIAS PROVINCIALES de las partes de Abona, en la Isla de Tenerife, Regidor perpetuo, y Alferez mayor de ella, vecino de la Villa de Orotava,

POSEEDOR

DEL MAYORAZGO FUNDADO EN ESTA CIUDAD POR EL VEINTIQUATRO

PEDRO XUAREZ DE CASTILLA:

EN LOS AUTOS

QUE PENDEN POR APELACION

ANTE LOS SEÑORES REGENTE, Y OIDORES de la Real Audiencia de ella,

CON

DON JUAN XUAREZ DE CASTILLA BALCARCEL,

SU HERMANO SEGUNDO,

TENIENTE DE CORONEL DEL REGIMIENTO de Infantería de Leon,

QUIEN PRETENDE

LA POSESION DE DICHO MAYORAZGO:

DICIENDO HAVERSELE TRANSFERIDO LA CIVIL, y natural, por muerte de Doña Magdalena Luisa de Herrera, Madre de ambos, ultima poseedora.

Con licencia: En la Imprenta de Vazquez, Hidalgo, y Compañía. Año de 1785.

EXORDIO.

1. HAVIENDO tomado posesion del Mayorazgo fundado en esta Ciudad por el Veintiquatro Pedro Xuarez de Castilla, C. 1.ª Don Francisco Xuarez de Castilla Balcarcel, su Octavo Nieto, C. 21, como hijo mayor de Doña Magdalena Luisa de Herrera Xuarez y Castilla, ultima poseedora, C. 18, la contradijo Don Juan Xuarez de Castilla Balcarcel su hermano, C. 22. pretendiendola para sì, como segundo, (1) y aun tambien la administracion, que se le denegò. (2)

(1) Mem. *num.* 3.

(2) Mem. *num.* 4.

2. En la primera instancia fue absuelto el dicho Don Francisco, mandandose, que continuara en la dicha posesion: y D. Juan su hermano apelò de esta providencia, pidiendo, que se declare por nula, ò à el menos se revoque, y se le mande dar la posesion de dicho Mayorazgo, y que quando à esto lugar no haya; se declare, haversele transferido la de otro fundado por D. Francisco Balcarcel, C. 9, sobre que en la primera instancia se le havia reservado su derecho, para que lo deduxera en los terminos, que tuviera por conveniente: (3) y dicho Don Francisco por el contrario solicita la confirmacion con costas.

(3) Mem. *num.* 4. y 5.

3. Siendo lo que moviò, y anima à el dicho Don Juan, para deducir, y sobstener ahora sus pretensiones, creer, que es de segundogenitura el Mayorazgo de Xuarez, è incompatible en la adquisicion, con qualquiera otro, y con incompatibilidad Real, y lineal, como tambien, que su hermano poseía el de Balcarcel à el tiempo de su vacante, sin embargo, de que lo tenia renunciado en

una

una hija; y que quando asi no fuera, debia recaer, por lo menos, en dicho Don Juan el Mayorazgo de Balcarcel: es preciso fundar.

4. Lo primero, que à dicho Don Francisco se le diò justamente, y mandò continuar en la posesion Real, y actual del Mayorazgo de Xuarez, como primogenito de su ultima poseedora.

5. Lo segundo, que dicho Mayorazgo no es de segundogenitura propia, ni impropia.

6. Lo tercero, que à el tiempo de la vacante, no poseia Don Francisco el de Balcarcel, y carecía de este impedimento para la adquisicion de aquel, aunque fuese incompatible de esta clase, y con incompatibilidad Real, y lineal.

7. Lo quarto, que no le era impedimento poderlo poseer, y haverlo poseido, y le fue licito, y facultativo renunciarlo en su hija.

8. Y lo quinto, que es agena de este pleito la disputa, sobre la succesion del Mayorazgo de Balcarcel.

PUNTO PRIMERO.

SOBRE LA JUSTICIA DE LA POSESION, que tiene Don Francisco Xuarez de Castilla, como primogenito de la ultima poseedora.

9. DOña Magdalena Xuarez de Castilla, C. 18, ultima poseedora del Mayorazgo de Pedro Xuarez de Castilla, declarò por un Codicilo, (4) que en èl debia succederle el dicho Don Francisco Xuarez de Castilla y Balcarcel, su hijo primogenito; y, en

(4) Mem. *num.* 1.

en su vista, y de otros Instrumentos, à consequencia de la posesion civil, y natural transferida por la Ley, (5) se le mandò dar la Real, y actual, que tomò con efecto, (6) y tiene; todo lo qual fue arreglado à las Leyes de estos Reynos, y à la voluntad del Fundador, y por esto justamente se mandò por la providencia difinitiva de primera instancia, que continuara en la dicha posesion, absolviendole de la demanda puesta por su hermano. (7)

10. A todos los Mayorazgos de España dà regla, y norma (8) la Ley de Partida (9) que dispone succeda en el Reyno el hijo mayor Varon, por muerte de su Padre; y en su defecto la hija mayor, con tal privilegio à la linea primogenita, que la prefiere, aun en el caso, de que el hijo mayor huviere ya fallecido à el tiempo de la vacante. Y con razon se dice, que esta Ley de Partida dà regla, y norma à los Mayorazgos, aunque habla solo de la succesion del Reyno, y hay otra recopilada, que trata de ellos: por que la identidad de sus disposiciones dà à conocer, que esta se executò à imitacion de aquella, y para que en los Mayorazgos se observase el mismo orden, que en la succesion del Reyno.

11. La dicha Ley recopilada (10) despues de haver ordenado, en substancia, lo

(5) Lex 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.*

(6) Mem. *num.* 2.

(7) Mem. *num.* 4.

(8) D. Roxas Almansa *de incompatib. disput.* 2. *quæst.* 2. *num.* 32. Ibi: *In Hispania autem Lex de qua omnes Majoratus normam accipiunt est Lex 2. tit. 15. Part. 2. quæ loquitur de succession Regni:::: ut pro certo fatentur omnes Regnicolæ nostri.*

(9) Lex 2. *tit.* 15. *Part.* 2. Ibi: *tovieron por derecho que el Señorio del Reyno, non lo oviese, sino el fijo mayor, despues de la muerte de su Padre::::: é :::: pusieron, que el Señorio del Reyno heredasen siempre aquellos que viniesen por la liña derecha. E por ende establecieron, que si fijo varon, y non oviese; la fija mayor heredase el Reyno: y aun mandaron, que si el fijo mayor muriese antes que heredare, si dejare fijo, ò fija, que oviese de su Muger legitima; que aquel ó aquella lo oviese, è non otro ninguno.*

(10) Lex 5. *tit.* 5. *Recop.* Ibi: *En la succesion del Mayorazgo, aunque el fijo muera en vida del tenedor del Mayorazgo, ó de aquel áquien pertenece; si el tal fijo mayor dejare fijo, ó Nieto, ó descendiente legitimo, estos tales descendientes del fijo mayor, por su orden, prefieran á el fijosegundo del dicho tenedor, ó de aquel á quien el dicho Mayorazgo pertenecia:::::: salvo, si otra cosa estu viere dispuesta, por el que primeramente constituyó, y ordenó el Mayorazgo.*

mismo que la de Partida, extendiendo à los Mayorazgos su disposicion; la limitò en estos; para el caso de que estuviese otra cosa dispuesta por el Fundador, y ambas se mandaron observar por otra posterior (11) en que se explica, modifica, y aun coarta la dicha limitacion; pero esta de ningun modo ofende à nuestro intento, porque Pedro Xuarez de Castilla dispuso los llamamientos de su Mayorazgo mui conformes à lo dictado por las dichas Leyes.

12. Fundò el Mayorazgo con facultad Real (12) reservando el usufruto para si, y mandando, que por su muerte succediera su hijo mayor Pedro Xuarez de Castilla, y despues los hijos, y descendientes legitimos de este, con preferencia del mayor à menor, y el Varon à la Hembra. Aqui, como en las dichas Leyes, se vè dispuesta la preferencia del hijo primogenito por muerte de cada poseèdor; y lo mismo en los descendientes del deudo mas propinquo, substituido para en falta de todos los del Fundador, (13) y esta uniformidad en el primero, y ultimo llamamiento, explica, que aquella fue su verdadera, y determinada voluntad (14)

13. No puede conceptuarse lo contrario, à pretexto de que para despues de los descendientes del dicho Pedro Xuarez de Castilla primogenito del Fundador; llamò este (15) à Doña Maria de Castilla Condesa de Gomera, y por su muerte à su hijo segundo, y los descendientes de èl: y acabada esta linea, à Doña Cathalina de Castilla, y despues su hijo segundo, y los que de el descendiesen: y extinguida esta linea à Doña Leonor de Castilla, su hijo segundo, y los descendientes de este; porque aunque es verdad que en estos

tres

(11) Lex 14. *eod tit.*

(12) Mem. *num.* 7.

(13) Mem. *num.* 9.

(14) D. Roxas Almansa *disp.* 1. *quæst.* 9. *n.* 27. Ibi: *Quando clausula incompatibilitatis posita est in primo, et in ultimo, ostendit testator, quod á primo ad ultimum, vult, gravamem illud comprehendere omnes.*

(15) Mem. *num.* 8.

tres particulares casos, quedaron exclusos los hijos primogenitos de las dichas Doña Maria, Doña Cathalina, y Doña Leonor de Castilla hijas del Fundador; no sirven para dar regla, y solo valen por excepcion, ò limitacion en ellos de la voluntad, que havia significado el Fundador de preferir por el orden regular à el hijo primogenito (16).

14. La afeccion mayor à estos se comprueba mas con haver llamado, (17) para en defecto del segundo de cada una de sus hijas, à los hijos, nietos, y descendientes legitimos de ellos, precediendo siempre el mayor à el menor: pues demostrò con esto que preferia à aquellos segundos, y excluia, ò no llamaba à los primogenitos de dichas sus hijas; no en razon de segundos, y por predileccion, que tuviese à ellos, como tales; sino por otra causa particular, que à ello le impelia, y coartaba en aquellos casos su voluntad de preferir à los primogenitos.

15. Esta causa se percibe con sobrada claridad, reflexionando, que aunque el Fundador no lo havia explicado, quando hizo el llamamiento de los hijos segundos de las suyas; era su voluntad, que el Mayorazgo que instituia, no se juntase con otro alguno: (18) y que las dichas sus hijas eran Mugeres, (19) la Doña Maria, de Don Guillen Peraza de Ayala, Conde de Gomera: Doña Cathalina, de Rui Lopez de Rivera: y Doña Leonor, de Francisco Tello, todos tres poseedores de Estados, y Mayorazgos, que havian de recaer en sus respectivos primogenitos; pues nadie havrà, que no conozca que no llamò à los referidos primogenitos, porque via que ellos como precisos succesores, en los Estados, y Mayorazgos de sus Padres, no podian tener

(16) D. Roxas Almansa *cit. disput.* 1. *q.* 7. *n.* 16. *fin.* ibi: *Licet à successione excludantur ab institutore, aliquæ personæ; non ideo Majoratus regularis desinit esse, dum invitatisint ad successionem cæteri consanguinei secum ordinem, et normam traditam inpræcitata lege Partitæ.*

(17) Mem. *cit. num.* 8.

(18) Mem. *num.* 11. Ibi: *en tal manera, que el que huviere de succeder en este dicho Mayorazgo, no tenga, ni pueda tener otro Mayorazgo.*

(19) Mem. *cit. num.* 8.

tener solo el que fundaba, segun era su voluntad.

16. No hallandonos en el caso de la limitacion, ò excepcion de la regla, porque no litiga primogenito alguno de las dichas tres hijas del Fundador, y Don Francisco Xuarez de Castilla Balcarcel, poseèdor actual, C. 21. es septimo Nieto de la Doña Maria de Castilla Condesa de Gomera, C. 3, y uno de los descendientes de Don Diego de Ayala, hijo segundo, y succesor de la Condesa, C. 4, entre los que como queda visto, (20) quiso el Fundador se observase la preferencia del mayor à el menor; es inegable, que la posesion que judicialmente se le diò, y en que se ha mandado continùe, por el Auto difinitivo de la primera instancia, como primogenito de la ultima poseèdora; es justa, como conforme à las Leyes de estos Reynos, y la voluntad de el Fundador, y por lo mismo digno de confirmarse dicho Auto difinitivo.

(20) Supra *num.* 14.

PUNTO SEGUNDO.

SOBRE QUE ESTE MAYORAZGO, no es de segundogenitura propria, ni impropria.

17. NO obstante la evidencia de ser este Mayorazgo de primogenitura rigorosa, como queda demonstrado, aunque incompatible con qualquiera otro; no pareciendole à Don Juan Xuarez de Castilla Balcarcel, bastante merito para pretenderlo el de la dicha incompatibilidad; supone, y hà querido persuadir que es de segundogenitura, como titulo mas proprio, y eficaz para obtenerlo

nerlo, y excluir à su hermano primogenito; pero ciertamente le engaña su deseo.

18 El Señor Roxas Almansa llegando à tocar en su tratado en las especies que hay de Mayorazgos, y su incompatibilidad, sobre el de segundogenitura; lo dividiò en dos clases, una de segundogenitura propria, y otra de impropria: y definiendo el primero, con el Señor Molina, Torre, y otros graves Autores, que cita dice, (21) que es aquel à cuya succesion siempre son llamados los hijos seguudos por orden succesivo; de tal suerte, que muerto el Padre poseèdor pase la succesion, no à su hijo primogenito, sino à el segundo, y que asi se vaya succediendo en el Mayorazgo, siempre con exclusion del primogenito; todo mui contrario à lo que se verifica en el presente, à el que se llamaron los hijos primogenitos, con preferencia à los segundos exceptuando solamente algunos determinados, como queda visto.

19. No seria menester, que estuviese tan de bulto la oposicion de este Mayorazgo à el de segundogenitura propria, viendose que le falta el preciso constitutivo de estar siempre llamados los segundos, y exclusos los primeros; porque bastaria ver, que generalmente se havian llamado estos, con preferencia à aquellos, (22) para que se tuviese por regla que el Mayorazgo era regular, y de primogenitos; como con el Señor Molina, y sus Addentes Mieres, Cevallos, el Señor Castillo, el Cardenal de Luca, Rosa, y Alvarez Pegas, funda à su proposito el Señor Roxas Almansa, (23) y la regla no se destruye; sino solo se limita por la excepcion en ciertos, y determinados casos, segun queda ya fundado. (24)

(21) D. Roxas Almansa *disp.* 1. *quest.* 1. *n.* 255. Ibi *Majoratus secundogenituræ proprie est ille, ad cujus successionem semper sunt vocati filii secundogeniti ordine succesivo, taliter ut mortuo patre transeat successio: non ad filium primogenitum, sed ad secundum genitum, et sic de inceps in posterum procedat successio, excluso semper primogenito,*

(22) Mem. *desde el num.* 7.

(23) D. Roxas Almansa *cit. disp.* 1. *quest.* 8. *n.* 1. Ibi: *Ubi generaliter loquitur, talis prohibitio inteligitur, per viam regulæ positæ.*

(24) Supra *n.*16. *marginalit*

20. Pasa despues el dicho Sr. Roxas Almansa à difinir el Mayorazgo de segundogenitura impropia, y dice, (25) que es aquel que se fundò à el principio en el segundogenito de alguna familia, porque el primogenito tenia, ò esperaba de proximo otro, ù otros Mayorazgos, y despues de el tal segundogenito, se llaman à la succesion los hijos, y descendientes mayores de èl, por su orden, concluyendo en que estos succeden, como en los Mayorazgos regulares con Mieres, el Señor Castillo Robles, Torre, y Don Fernando del Aguila.

(25) Cit. *disp.* 1. *quest.* 1. *n.* 214. Ibi: *Est ille, qui à principio conditus fuit in filio secundogenito alicujus familiæ: eo quod primogenitus alium, vel alios obtinebat Majoratus, vel proximè successurus erat in eis, et post talem filium secundum vocati sunt suo ordine filii, ac descendentes primogeniti; talis filii secundogeniti, in quo Majoratus constitutus fuit.*

21. En nuestro Mayorazgo falta lo principal qual es, que à el principio se huviese fundado en el segundogenito de la familia, pues se estableciò en Pedro Xuarez de Castilla, hijo mayor del Fundador, (26) y por falta de este supuesto, no pudo haverlo hecho por aquella causa, de que el primero tenia, ò esperaba otros Mayorazgos, y asi carece de los dos constitutivos de el Mayorazgo de segundogenitura impropia.

(26) Mem. *num.* 7.

22. Es el segundo tan verdadero, y preciso, que tocando el mismo Señor Roxas Almansa en otra parte de igual asunto, y Mayorazgo fundado en su hijo segundo por el poseèdor de otro, llamando para su goze à los hijos, y descendientes de aquel segundo sin hacer mencion alguna de la causa porque no hacia la fundacion en el primero, y su linea; defiende docta, y arrogantemente (27) que el nuebo Mayorazgo, ni aun es incompatible, con el que poseia su Fundador, y pasò à su linea primogenita, y à el contrario, quando el Fundador expresò por razon para haver llamado à el segundogenito, y su linea, que el primogenito tenia, ò havia de poseèr

(27) Disput. 2. *quest.* 8. *desde el num.* 3.

poseèr otro Mayorazgo, ò alguna semejante, lo tiene, y defiende no solo por incompatible, sino de segundogenitura impropia (28)

23. Pero nos hallamos con una clausula, (29) en que se previene, que si el succesor de este Mayorazgo, no tuviere otro hermano Varon, que despues de èl haya de succeder, segun la orden, y disposicion que iba dada; succeda en tal caso el hijo primero, lo qual parece que demuessra qne el hijo segundo, es siempre el principal llamado, y el primero siempre lo esta solo en su defecto; que es una rigorosa disposicion de segundogenitura propria, y ni aun se queda en la clase de impropia, à que aspira Don Juan Xuarez de Castilla.

24. Mas reflexionando bien la clausula, se verà, que no es asi: se permite en ella que entre el primogenito à gozar el Mayorazgo, sino huviere otro hermano Varon, que haya de succeder, segun el orden, y disposicion que estaba dada ¿qual es esta? à la verdad, no puede señalarse, porque todos los llamamientos hasta entonces, havian sido prefiriendo el hijo mayor à el menor, dentro de cada linea, y solo se havian llamado los segundos de las tres hijas del Fundador; pero despues de ellos sus primogenitos: de donde es, que la disposicion generalmente dada, era contraria, à la que parece que se enuncia en dicha clausula.

25. No pudiendose decir que ella es ociosa, ni menos que està implicada, (30) y por esto siendo no solo permitido; sino preciso, recurrir à entenderla de un modo que dè à conocer el caso, y fin para que se puso; (31) este se encuentra sencillamente, volviendo à traher à la memoria, que estaban llamados

(28) D. Rox. Almans. *ibid. ex n.* 10. *versic. ex quo simul.* Ibi: *Talis Majoratus ex ratione expresa á testatore, judicandùs est secundogenituræ impropiæ.*

(29) Mem. n. 11. Ibi: *Si el succesor de este dicho Majorazgo, no tuviere otro hermano Varon, que despues de el haya de succeder en este dicho Mæyorazgo segun, la orden, è disposicion susodicha; que en tal caso el hijo primero Varon, que oviere, pueda succeder, y succeda en el.*

(30) D. Salgado *de Reg. protec. p.* 1. *C.* 6. *n.* 6. Ibi: *In qualibet dispositione, verba, non debent esse, sine efectu aliquid operandi.* D. Castillo *controv. lib.* 4. *C.* 38. *á num.* 1.

(31) D. Molina de *primog. lib.* 1. *C.* 14. *n.* 20. Ibi: *In quacumque dispositione, debet contrarietas, et correctio removeri, concordando, et distinguendo, si idfieri possit.*

dos en sus lugares los hijos segundos de las del Fundador, para cuyo caso, y el de no tenerlo era oportuno el permiso, de que entrase el primogenito, sino huviera hermano Varon, que pudiera succeder, segun el orden, y disposicion, que estaba dada.

26. Para despues de este primogenito, que asi succediera en defecto del segundo, se dispone, que succeda el suyo teniendo el mayor otro Mayorazgo; pero que sino tiene succeda en el, el hijo primero que haya, (32) concluyendo, en que herede el segundo, que no tenga Mayorazgo, si el primero lo tuviere. De modo, que lexos de poderse deducir de dicha clausula, que generalmente excluye à los primogenítos, y los admite solo en defecto de segundos; vemos, que à el, de el asi admitido, le dà solo entrada en el caso de que el primero tenga otro Mayorazgo, y à este lo prefiere, aunque lo tenga, si tambien lo tiene el segundo: que no puede ser demostracion mas clara de que era el predilecto.

27. Continuando la clausula acabò el Fundador de explicar su mente, y la razon, de lo que disponia en ella, y havia dispuesto en la otra, à que en ella misma se referia, pues dijo se cumpliese en tal manera, (33) que el que huviese de succeder en su Mayorazgo no tuviera, ni pudiese tener otro, y esto fue decir, que por eso no havia llamado à los primogenitos de sus hijas, que esperaban los Mayorazgos de sus Padres, sino à los segundos, y quando permitiò el ingreso de el primero à falta de él segundo, disponia que succediera, el que lo fuese de el, no teniendo Mayorazgo, si el primero lo tenia.

(32) Mem. *cit. n.* 11. Ibi: *Si el succesor de este dicho Mayorazgo, no tuviere otro hermano Varon:::: el hijo primero Varon que oviere pueda succeder è succeda::: è despues de èl succeda su hijo segundo, teniendo el otro mayor otro Mayorazgo, è no teniendo otro Mayorazgo, succeda en estos dichos bienes, è Mayorazgo el hijo primero que oviere: por manera que si otro tuviere otro Mayorazgo lo herede el hijo segundo, que no tuviere otro Mayorazgo.*

(33) Mem. *ubi Supra* Ibi: *En tal manera, que el que oviere de succeder en este dicho Mayorazgo, no tenga ni pueda tener otro Mayorazgo,*

28. Explicado asi su pensamiento por el Fundador, nada tiene de particular, lo que dispuso; antes si es mui frecuente en tales Fundaciones de Mayorazgos incompatibles, y lo mismo que la Ley manda se observe, verificada la incompatibilidad, que estableciò: (34) y ello dà bastantemente à conocer, que el hermano, que supone la clausula, se preferiria à el primogenito, si existiese; havia de preferir en el concepto de que dicho primogenito estaba impedido por la posesion de otro Mayorazgo; pero no porque como tal segundo era predilecto, pues asi se demostrò, quando incontinenti se prefiere à el hijo primero de el que entraba en su lugar, no teniendo otro Mayorazgo.

29. Alegò la ultima poseèdora en su demanda sobre la tenuta de este Mayorazgo, que era de segundogenitura, para los hijos segundos de las hijas del Fundador: (35) y como recayò la sentencia declarando, que huvo lugar el remedio de las Leyes de Toro, y Partida, y sus declaratorias, que havia intentado, y en su consequencia haversele transferido la posesion civil, y natural, y mandadosele dar la Real, y actual de los bienes con recudimiento de frutos, desde la muerte de su antecesor; (36) se creè; mas no se creè; sino se quiere persuadir, que hay declaracion, de que es el Mayorazgo de segundogenitura.

30. Las sentencias, no recaen por lo que dicen, ò alegan las partes; sino por la verdad que resulta del Proceso, (37) y en este no se declarò, que el Mayorazgo era de segundogenitura propia ni impropia, sino que huvo lugar el remedio de las

(34) *Lex. 7. tit. 7. lib. 5. Recop.* Ibi: *y si no huviere mas de un hijo, ó de una hija, que aquel los pueda tener por su vida. Y si aquel hijo, ò hija huviere dos hijos, ó hijo, è hija, se dividan, y aparten los dos Mayorazgos, segun havemos dicho.*

(35) Mem. *num.* 12.

(36) Mem. *num.* 14.

(37) *Lex* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.* Ibi: *Determinen y juzguen segun la verdad, que hallaren probada en los tales pleitos.* Acevedo *Ibid. n.* 120. pluribus citatis Ibi: *Si petitum ex una causa probetur deberi, ex alia, fiet condemnatio:::: nam super eum pronunciatur, quamvis alio jure; quam proposito in petitione, probetur deberi.*

las Leyes de Toro, Partida, y sus declaratorías, intentado por la ultima poseèdora, y haverse transferido à esta la posesion civil, y natural de dicho Mayorazgo: y para esto havia Justicia notoria, sin necesidad de que fuese de segundogenitura, para que ninguna havia.

31. Sentò equivocadamente dicha ultima poseèdora, haverse hecho el Mayorazgo, para los hijos segundos de las hijas del Fundador; pues se ha visto, que no fue, síno para el primogenito, y sus descendientes, con preferencia del mayor al menor, y que aunque en defecto de ellos, de cada una de las hijas, no se substituyeron los primogenitos de estas, sino los segundos; nunca volviò à tratarse de los que lo fueran, sino para en el, de que los primogenitos tuviesen otro Mayorazgo: y este error ni aun à aquella poseèdora pudo perjudicar (38)

32. Aun quando quisiera decirse, que no fue error, sino confesion, de que por aquel llamamiento de los hijos segundos de las hijas del Fundador, se havia hecho el Mayorazgo de segundogenitura impropia; se adelantaria mui nada: porque tal confesion no perjudica à los successores; (39) mayormente quando pudo, mover para aquella alegacion el interes propio de dicha poseèdora; creyendo, que aseguraba mas el derecho, que pretendia tener, como segunda de la casa: ò pensar con igual error, que aquellos particulares llamamientos de segundos, hacian que mudarà de especie el Mayorazgo; lo que no es asi, como ya queda fundado (40)

33. Haviendo espirado la linea de el pri-

(38) Lex error *facti. 7. cod. de jur. et fact. ign.* Ibi: *Error facti necdum finito negotio, nemini nocet, nam causa decisa velamento tali, non instauratur.* Lex si per errorem 15. *ff. de juridic. omn. judic.* Ibi: *Si per errorem alium pro alio Pretor fuerit aditus nihil valebit, quod actum est:::: quid enim tam contrarium est consensui, quam error, qui imperitiam detegit.* Cap. *ex part. 3. de confessis* Ibi: *Si de hujusmodi potuerit errore docerè provideas ut nullum sibi super hoc præjudicium generetur.*

(39) Latissimé Mier. *de Major. p. 4. q. 14. à n. 36.* et cum eo, et alijs D. Salgado *de Reg. protec. p. 4. C. 8. à num. 345.*

(40) Supra à *num. 13.*

primogenito, en quien este Mayorazgo se fundò; vino à recaer (41) en su primera hija, como segunda llamada, y por su muerte en el segundo hijo de esta, y sus descendientes, hasta Don Juan Bautista Ponte, C. 12, que tuvo diferentes hijos: pasando este Mayorazgo à Don Juan de Herrera, que era el segundo, C. 15, por que el primero Don Antonio, C. 14, poseia el Condado de Gomera: por muerte de Don Juan le succediò Don Domingo hijo tercero, C. 16, en quien se vino à juntar el dicho estado de la Gomera, por muerte de el primogenito, y debiò pasar este Mayorazgo à la linea de la hermana mayor Doña Juana de Herrera, C. 17.

(41) Mem. *num.* 15.

34. Muriò despues sin succesion el dicho Don Domingo de Herrera C. 16, y por esto volvieron à juntarse este Mayorazgo, y el estado de la Gomera, en Doña Florencia Pizarro, Marquesa de Belgida hija mayor de la dicha Doña Juana, C. 20, y disputaron la succesion de el presente Mayorazgo Doña Magdalena Luisa, C. 18, hermana menor de la dicha Doña Juana, Don Juan, y Don Valentin Velvis de Moncada, C. 23, y 24, hijos de la dicha Marquesa de Belgida: bajo de cuyo supuesto, està mui à la vista, que para obtener como obtuvo la sentencia de tenuta dicha Doña Magdalena ultima poseèdora C. 18, no se necesitaba, que el Mayorazgo fuese de segundogenitura propia, ni impropia.

35. Siendo, como es sin duda incompatible con qualquiera otro, y mas con el Condado de la Gomera, pues como ya se

se ha dicho, se conoce fue el motivo de no llamar à el hijo primogenito de la primera hija de el Fundador, que havia de succeder en el; fue mui suficiente causa para preferir à la dicha Doña Magdalena, estimarse esta incompatibilidad Real, y lineal, y por consiguiente exclusa de el Mayorazgo en question, toda la linea de la poseédora de el Condado, y en ella los dichos Don Juan y Don Valentin Velvis, que lo pretendia, y haver hecho transito dicho Mayorazgo à el transversal mas cercano, que lo era dicha Doña Magdalena. Y asi queda firme, lo fundado, sobre que no es de segundogenitura propia, ni impropia.

PUNTO TERCERO.

SOBRE QUE DON FRANCISCO XUAREZ de Castilla, no poseia el Mayorazgo de Balcarcel quando vacò, el que se litiga, y carecia de este impendimento para obtenerlo, aunque su incompatibilidad fuese en la adquisicion, y Real y lineal.

36. QUeda ya confesado, que este Mayorazgo es incompatible con el de Balcarcel, y qualquiera otro: y mal pudiera negarse, quando el Fundador previno dicha incompatibilidad, y la puso por regla; (42) pero no debe dejarse consentido à Don Juan Xuarez de Castilla, que ella sea en la adquisicion, ni Real, y lineal, como lo ha pretendido: lo primero con el motibo de entender, que aquellas expresiones de

(42) Mem. *num.* 11. Ibi: *En tal manera, que el que oviere de succeder en este dicho Mayorazgo, no tenga, ni pueda tener otro Mayorazgo.*

de la Fundacion, (43) *no teniendo otro Mayorazgo succeda. El que hubiere de suceder, no tenga, ni pueda tener otro Mayorazgo*: importan condicion suspensiva, è impiden el ingreso, y lo segundo con el de que toda incompatibilidad es Real y líneal, si el Fundador, no dispone expresamente, que sea personal.

37. Porque en quanto à lo primero, explicò el Fundador su concepto mui contrario, sin salir de la clausula, en que están las expresiones, que parece favorecer la idea de D. Juan Balcarcel; respecto, de que alli dice, que luego por el mismo hecho sea el poseedor excluido de este Mayorazgo, (44) lo que supone ingreso: y aun quando quedara arbitrio para disputar qual fue la mente de el Fundador, en unas, y otras expresiones; no debería entenderse de Condicion Suspensiva, sino de modo, y precepto obligatorio, como se halla copiosamente fundado por el Sr. Molina, (45) y otros Doctores. Y por lo que mira à lo segundo, mandandose, que suceda el siguiente en grado (46) es opinion mui probable, que la incompatibilidad sea solo personal. (47)

38. Sin que à esto obste, parezca, que en la anterior vacante, se juzgò lo contrario; porque ni consta, que la sentencia de tenuta recayese por esta causa, y pudo ser por otra, ni ella obsta à los que no litigaron en aquel juicio. (48) Pero de todo esto, no nos encargamos ahora con mas extension, y basta, lo que sobre ello va dicho, para demostrar, que no debe confesarse, que la incompatibilidad, que tiene este Mayorazgo con qualquiera otro,

E sea

(43) Mem. *cit. n.* 11. Ibi: *E no teniendo otro Mayorazgo succeda:::: el hijo primero:::: en tal manera, que el que oviere de succeder:::: no tenga, ni pueda tener otro Mayorazgo.*

(44) Mem. *Ibid.* Ibi: *Que luego por el mismo hecho sea excluido de este dicho Mayorazgo.*

(45) D. Molina de Primog. *lib.* 2. *C.* 12. *n.* 3. 9. & 14. & ibi: Add. cum Patre Molina *disput.* 611. & D. Castillo *controv. lib.* 5. *c.* 115. *n.* 15.

(46) Mem. cit. *n.* 11. ibi: *E succeda en èl, el siguiente luego en grado.*

(47) Plurimi apud D. Roxas Almansa *de incompatib. disput.* 1. *quæst.* 5. *n.* 3. & 4.

(48) D. Salgado latissimè, *part.* 4. *de Reg. Prateci C.* 8. *à n.* 18.

sea en la adquicísion, ni Real, y lineal; porque, aunque lo fuera importaria nada à Don Francisco Xuarez de Castilla, respécto de que quando se le defiriò la succesion, de este Mayorazgo, no poseía el de Balcarcel, ni otro alguno, que es el principal objeto de este tercero punto.

39. Es verdad, que estuvo poseyendo el de Balcarcel, desde que muriò Don Josef Nicolas su Padre, C. 19, pero tambien lo es, que en 23 de Julio del año de 782, se desistiò de èl, (49) desde entonces, para quando llegase el caso, y momento de morir Doña Magdalena Luisa de Herrera, su Madre poseédora de este; reservandose solo el derecho à suceder en èl por muerte de dicha su Madre: de manera, que en el instante, y momento, que muriò la Madre era poseèdora del Mayorazgo de Balcarcel; pero no lo era en el siguiente; y estaba libre para recibir este Mayorazgo, que se litiga.

40. Doña Magdalena Luisa, tuvo en el instante, y momento, en que muriò, la posesion civil, y natural, y tambien la Real, y corporal de este Mayorazgo que se disputa; porque, hasta que se verificò su muerte, termino de ella, no dexò de poseér: (50) y de aqui se infiere, que en aquel instante no pudo estar la posesion, ni aun civil, y natural en el siguiente en grado; ya lo fuese el dicho Don Francisco Xuarez de Castilla hijo primogenito de la Doña Magdalena, ó ya Don Juan su hermano, porque es sentado en el derecho, que dos, no pueden poseér una cosa à un mismo tiempo. (51)

41. Del mismo modo, que el momento

(49) Mem. *num.* 19. Ibi: *Hizo desistimiento de el derecho que tenia à el Vinculo de Balcarcel, desde entonces, para quando llegase el caso, y momento de morir Doña Magdalena Luisa de Herrera su Madre actual poseedora del de D. Pedro Xuarez de Castilla:::: reservando solo el derecho à succeder en el de Xuarez de Castilla por muerte de su Madre, que sobrevino el dia 25 siguiente.*

(50) Lex. 45. Taur, quæ est 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* Ibi: *Muerto el tenedor del Mayorazgo se traspasa la posesion civil, y natural en el siguiente en grado.* D. Molina de *Primog. lib.* 3. *C.* 12. *n.* 20. Ibi: *Mortuo ultimo Majoratus possessore, in sequentem successorem* (possessio) *continuatur.* Add. *Ibi*: cum aliis, & communiter Doctores.

(51) Idem D. Molina ubi sup. n. 18. Ibi: *Cum duo non possint unam, atque eamdem rem in solidum possidere.* Pater Molina de Just. & jur. tract. 2. disput. 636. n. 2. Ibi: *Nec esse possit simul in utroque subjecto, eo quod non possint duo simul eamdem rem in solidum possidere eodem modo.*

to de morir Doña Magdalena Luisa fue termino de su posesion en el Mayorazgo, que gozaba, lo fue de la de Don Francisco Xuarez de Castilla en el que obtenia fundado por Don Francisco Balcarcel; porque se desistiò de èl para quando llegara ese momento de morir la Madre, à efecto, de que immediatamente sucediera, se transfiriese la posesion civil, y natural à la persona, que nombrò, (52) y como el expresado momento fue el ultimo de la posesion de Doña Magdalena Luisa, en el Mayorazgo de Xuarez, y à el siguiente no la tenia; lo fue tambien en su hijo Don Francisco en el de Balcarcel, y no la tenia en el siguiente.

42. En este instanti momento posterior à la muerte del poseèdor, ù otra causa de vacar el Mayorazgo, se transfiere la posesion civil, y natural de èl, à el sucesor legitimo; y como en el anterior havia cesado, la que tenia Don Francisco Xuarez de el de Balcarcel, no se verificò, que en aquel, en que se le defiriò la posesion de el de Xuarez, lo tuviese, ni se hallara impedido para adquirirlo, sin que se haya reparado bien, que quiera ajustar su derecho computando instantes; porque asi debe hacerse en el caso, y se vè lo practican los Autores. (53)

43. Ni obsta, que se diga, que sin embargo de la renuncia, y desestimiento del Mayorazgo de Balcarcel, quedò el dicho Don Francisco en la posecion de èl, à pretexto, de que fue dolosa, para dejar en su casa ambos Mayorazgos, y por la regla del derecho (54) que instruye, que se tiene, y condena por poseèdor à el

que

(52)

Mem. *cit. n.* 19. Ibi: *Para quando llegase el caso, y momento de morir Doña Magdalena Luisa de Herrera:::: y quiso, que immediatamente:::: se transfiriese en su hija Doña Nicolasa la posesion civil, y natural.*

(53)

D. Molina de Primog. *lib.* 2. *c.* 12.*n.*30. Ibi: *Cum enim sequens succesor, non habeat aliquod jus, ad Majoratus successionem, nisi ex eo instanti quo dies ejusdem successionis cessit.* Idem cit. lib. 3. *c.* 12. *n.* 20. Ibi: *Nec dici possit, etiam per momentum, eam possessionem vacare.*

(54)

Pater Molina *tract.* 2. *disput.* 636. *n.* 4. Ibi: *Nec momentum dari post mortem ultimi possessoris, in quo proximè ad eum vocatus, non obtineat, eam possessionem civilem, & naturalem.*

Paz de tenut. *cap.* 48. *n.* 5. Ibi: *ab instanti mortis ultimi possessoris transferri:::: ita, ut non possit dari momentum, inter mortem defuncti, & translationem possessionis.*

Et alii, quos isti, & Add. D. Molinæ allegant.

que por dolo dejò voluntariamente de serlo porque proximamente se verà en el quarto punto, que no huvo tal dolo, ni mas, que usar el dicho Don Francisco de su derecho, y asi, no le comprehende la mencionada Regla, ni se debe tener por poseédor.

PUNTO QUARTO.

SOBRE QUE NO ES IMPEDIMENTO PARA haver obtenido Don Francisco Xuarez de Castilla este Mayorazgo, poder poseer, y haver poseido renunciando el de Balcarcel, y que pudo hacer esta renuncia.

44. COMO en la Clausula, donde el Fundador explicò la voluntad, de que su Mayorazgo fuese incompatible, con otro; no solo dixo, que el poseédor, no lo tuviera, sino tambien, que no pudiese tenerlo (55) se opone à Don Francisco Xuarez, que pudo tener el de Balcarcel, pues con efecto lo tuvo, y lo renunciò en su hija dolosamente para dejar ambos en su casa; y aun tambien se dice, que le obsta haverlo poseido porque la eleccion, que hizo de èl, perteneciendole el de Xuarez, que era incompatible, le impide la adquisicion de este, y fue haverlo, desde entonces, dimitido; y asi es preciso responder, por su orden à todas estas objeciones.

45. Quando dijo el Fundador, que el que hubiera de suceder en su Mayorazgo, no tuviera, ni pudiera tener otro, no puede creerse, que hablò de la capacidad de

(55) Mem. *cit. n.* 11. Ibi: *Ni pueda tener otro Mayorazgo.*

de tenerlo ; porque entonces se veria notoriamente implicado en su disposicion , lo que no se debe decir , como ya se hà fundado en este escrito ; (56) pues prescindiendo , de que por lo ilustre de su familia, no es de dudar , que aun los descendientes de su hijo primer llamado , y el mismo hijo lo serian à otros muchos , y por esto capaces de succeder en ellos ; lo eran sin duda los descendientes de las hijas , y vendrian à quedar ilusorios todos estos llamamientos ; porque ninguno era de persona incapaz de tener otro Mayorazgo.

(56) Suprà *num.* 25.

46. Es pues indispensable entender aquella clausula de otro modo , que sea verosimil , y no destruya el todo , ò lo principal de la disposicion : y que el Fundador no intentò otra cosa , que el que el poseèdor de su Mayorazgo , no solo no lo juntase con otro à el tiempo de entrar à poseèrlo; sino que tampoco pudiera despues adquirirlo : y prohibirle lo adquiriera , para que no tuviese lugar la opinion de aquellos Autores , que llevan , (57) que despues de obtenido un Mayorazgo , en que se previno , que el sucesor no tuviese otro , porque con efecto no lo tenia entonces aquel llamado à quien se defiriò la sucesion ; puede retenerlo , y adquirir otro , que le sobrevenga.

(57) D. Castillo Controv. *lib.* 3. *c.* 15. *à n.* 2. *&* *lib.* 5. *c.* 91. *n.* 59. Gamma. *decis.* 27. *à n.* 7. Alvarez Pegas de Major. *tom.* 2. *c.* 10 *n.* 205. Apud D. Roxas Almansa *de incompatib. disput.* 2. *quæst.* 12. *n.* 2.

47. Si se pudiera entender la clausula del primer modo , obstaria enhorabuena à Don Francisco Xuarez de Castilla , y no menos à Don Juan su hermano , para obtener este Mayorazgo , la potestad , ò facultad de poseér el de Balcarcel ; pero si se entiende , como debe de prohibicion de adquirirlo , no perjudica de modo alguno à dicho

Don Francisco, respecto, de que lejos de intentarlo; estandolo ya poseyendo, se desistiò de èl para succeder en este del litigio, dos dias antes, que vacara, (58) anticipando el cumplimiento de dicha Clausula, è impidiendo con esto la pena de exclusion, y de pasar à el siguiente en grado, que su fundacion previene. (59)

48. Como este anticipado desistimiento fue tan oportuno, que aun excusò la disputa, de si cumpliria Don Francisco con hacerlo despues de la vacante, y para obtener el Mayorazgo en question; recurriò Don Juan su hermano, para dejarlo poseédor, à aquel pretexto, de que lo era, porque dejò de poseér con dolo, sin advertir, que contra esto obra à su favor la otra regla del derecho, (60) que declara, que no comete dolo, infiere agravio, ni hace fuerza à otro, el que usa de su derecho: y otra que declara asi mismo, que ninguno hace daño, sino aquel, que executa cosa, para que carece de derecho. (61)

49. No dice, ni pudiera Don Juan Xuarez de Castilla, que Don Francisco su hermano, carecia de derecho, y facultad, para renunciar aquel Mayorazgo, de que era poseédor; porque à nadie se le prohibe disponer, de lo que es suyo, ni se le obliga, à que use de su beneficio. (62) La eficacia de su objecion consiste, en la causa, porque lo hizo, que fue para habilitarse à succeder en el Mayorazgo de Xuarez, que se litiga, por cuyo orden quedaban ambos en su casa, sin pasar alguno de ellos à su hermano, como piensa debe ser en el concepto, de que la incompatibilidad es Real, y lineal.

No

(58) Mem. *cit. n.* 19.

(59) Mem. *cit. n.* 11.

(60) Lex. 56. *ff. de reg. jur.* Ibi: *Nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur.* Lex. 198. §. non videtur *cod.* Ibi: *Non videtur vim facere, qui jure suo utitur.* Lex. 3. §. is tamem ff. *de lib. hom. exhib.* Ibi: *Quia dolo malo, non videtur habere, qui jure suo utitur.* Lex. 14. *tit.* 34. *Part.* 7. Ibi: *E aun digeron los Sabios, que non face tuerto à otro, quien usa de su derecho.*

(61) Lex. 194. ff. *de reg. jur.* Ibi: *Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus, non habet.*

(62) Lex. 24. *tit.* 34. *Part.* 7. Antunez de Portugal *de donat. reg. lib.* 1. *prelud.* 2. §. 1. *n.* 19. 20. *&* 21.

50. No podia el dicho Don Francisco poseér el Mayorazgo de Xuarez junto con el de Balcarcel, que gozaba, y conocia, que se le havia de disputar la facultad de adquirir aquel dimitiendo este, quando vacara, por lo que fue oportuna determinacion la de renunciarlo antes, como lo hizo, para quedar sin impedimento, y adquirir el Mayorazgo, que mas le acomodaba: y esto fue usar de su derecho, como podia sin incurrir en fraude, ni dolo, ni que pueda decirse, que fue su fin directo quedasen ambos Mayorazgos en su casa.

51. Elija Don Juan Xuarez de Castilla, lo que quisiere: ò creè que la renuncia fue medio legitimo, para que Don Juan su hermano adquiriese bien el Mayorazgo en question; ò no lo creè. Si dice lo primero confiesa tuvo justa causa para hacerla por su propia utilidad, y sin objecto à retener en su casa uno, y otro Mayorazgo; y si temerariamente dice lo segundo, es ocioso sè haya cansado, en impugnar, dicha renuncia: ¿Pero que nos detenemos? aun quando tambien huviera sido fin del dicho Don Francisco el dejar en su casa uno, y otro Mayorazgo huviera usado en ello de su derecho, y aun cumplido su obligacion.

52. La tienen los Padres de adquirir quanto licitamente puedan para sus hijos, como con el Apostol, un Texto Canonico, y varios Autores lo fundò el Señor Roxas Almansa. (63) Es ademas todo su conato por el natural amor, que les tienen adquirir bienes para dejarlos ricos, y proveidos de alimentos por su muerte, lo que tambien sigue fundando el docto Autor citado con varios textos de el derecho comun (64) todo

à

(63) D. Roxas Almansa de Incompatib. *disput.* 3. *quæst.* 4. *n.* 17. Ibi: *Nam Parentes acquirere tenentur omnia bona, quæ licitè possint, ut ea filiis suis relinquant patet ex autoritate.* D. Pauli. Apost. *ad cor.* 2. *C.* 12. versic. 14. Ibi: *Nec debent filii thesaurizare parentibus, sep parentes filiis* text. in cap. cum Apostolus 6. §. *Prohibemus de Censib.*
Escobar de Purit. part. 1. *quæst.* 1. §. 3. *num.* 31. & cum eo Ayllon ad Gomez tom. 1. *var. cap.* 1. *n.* 9.

(64) D. Roxas Almansa *ubi supra n.* 18. Ibi: *Parentes enim ita naturaliter diligunt filios & filias, ut omnis eorum conatus in acquirendis multis bonis sit repositus, ut post mortem suam divites alimentisquè, provissi maneant: probant textus in lege Nihil interest* 50. §. 2. *ff. de bon libert* Ibi: *Cum omnia quæ nostra sunt liberis nostris ex voto paremus.* Text. in lege de emancipatis 13. *C. de legit hæred.* Ibi: *Cum enim pater utitur usufructu, votum ejus est ad alios filios suas res pervenire.* Textus in lege. *Si is* 13. §. *fin. ff. de reb. dub.* Ibi: *Sententia testatoris sic est inteligenda, ut sive filius, sive filia nati ci fuerint, extraneus, non admitatur.*

à proposito de persuadir, que puede el primogenito, que teniendo solo hijas, es obligado à elegir entre dos Mayorazgos, uno agnaticio, y otro regular, hacer la eleccion de este, para que el agnaticio no vaya à su hermana, y poseérlos ambos.

53. Del mismo modo que los referidos textos, y autoridades prueban la licitud de elegir el Padre el Mayorazgo regular con respecto à su propia hija, aunque en perjuicio de su hermano, (65) y no se estima doloso por ser conforme à su obligacion, y proceder de el natural estimulo; (66) tampoco se puede decir doloso, que Don Francisco Xuarez de Castilla huviese hecho la renuncia, tambien con el fin de dejar el Mayorazgo de Balcarcel à sus descendientes, y aunque fuese con solo èl; pues si con ella lo conseguia; usò de su derecho, y aun cumpliò con su obligacion en impedir que uno, ni otro Mayorazgo pasasen à su hermano.

54. Indistintamente resuelve el citado Sr. Roxas Almansa (67) con Don Hermenegildo de Roxas, y Carlos Antonio de Luca, que quando, no son iguales en renta los Mayorazgos agnaticio, y regular puede elegir este el primogenito, siendo mayor; y con el dicho Don Hermenegildo de Roxas, su Addicionador Aguila, Paz, y Mieres, que esto es en tanto grado, que si no lo hace pueden por su muerte impugnar los hijos la dicha eleccion, y quitar à la hermana, ò sus descendientes el dicho Mayorazgo regular, en que por razon de ella havia succedido: de donde es, que Don Francisco Xuarez, no solo pudo habilitarse para succeder en el Mayorazgo, que se liti-

(65) D. Roxas Almansa ubi suprà *n.* 17. Ibi: *Non possent filiæ ejus eum* (Majoratum agnatitium) *obtinere, & ad agnatos transversales transiret, atque istæ filiæ, quæ ad Majoratum regularem vocatæ sunt utroque carerent*: & *n.* 8. Ibi: *Non est ratio ob quam filius iste primogenitus Majoratum agnatitium eligere sibi cogatur, quem filiabus suis relinquere non valet.*

(66) D. Roxas Almansa ubi suprà *n.* 17. Ibi: *Unde cum hoc obligationi paternæ consonum non sit*, & *n.* 18. Ibi: *Et cum hæc naturæ stimulo procedant.*

(67) D. Roxas Almansa ubi suprà *n.* 27. Ibi: *Quando Majoratus non sum æquales in redditu, sed valde diferunt:::: assero quod poterit primogenitus Mojoratum regularem eligere. Et n.* 28. Ibi: *Si in hoc casu filius ille primogenitus Majoratum agnatitium sibi elegisset, ejus Sororem Majoratum regularem relinquens; valent filii primogeniti, eo mortuo, electionem impugnare ab illa què, & descendentibus ejus Majoratum regularem à Patre dimissum vindicare.*

litiga, y usò en ello de su derecho; sino que debiò hacerlo: porque es mayor, que el de Balcarcel, que poseia.

55. Se refiere el Señor Roxas Almansa para prueba de su aserto, (68) à lo que dejaba fundado, desde el num. 8. hasta el 12. de la question citada: y alli fue uno de los fundamentos (69) que la hermana, no se podia quejar, de que su hernano le hacia injuria, y gravaba su propia conciencia en elegir el Mayorazgo regular, porque la dejaba pobre, y sin alguno; estando en su mano proveerla de uno, con que poder alimentarse; porque à dicho hermano favorecia la regla de derecho, que prescribe, que no comete dolo, el que usa de su derecho, y no grava su conciencia el que con èl se conforma: lo qual acaba de concluir, que fue licita, y no dolosa, la renuncia, que hizo el dicho Don Francisco, y que no hizo en ella agravio à su hermano, sin embargo de el incidente perjuicio, que le resultò, y autoriza la aplicacion de los derechos, que en su defensa quedan alegados.

56. Es efugio miserable negar, que el Mayorazgo de Xuarez sea de mas renta, que el de Balcarcel; porque las de ambos constan justificadas en los autos (70) y qualquiera puede reconocer por las pruebas, quales son mayores, y asi alegò bien Don Francisco, (71) que las de el de Xuarez ascienden por ahora à 42U405 reales, y excederàn mucho de esta cantidad quando sean mas robustos los Olivos de la Hacienda, que le pertenece; y las de el de Balcarcel, se reducen à 11U025 reales, 11½ Doblas, y la habitacion de unas casas. A lo qual se llega

G que

(68) D. Roxas Almansa ubi suprà *cit. num.* 27. ad finem.

(69) Idem Ibid. *n.* 10. *vers.* Nec poterit Ibi: *Nec poterit conquæri, si allegaverit fratrem, ei injuriam facere, siquidem cum in manu illius staret ipsi de Majoratu uno providere quose alat; inopem, & sine ullo Majoratu relinquit. Nec poterit etiam dicere, illum conscientiam suam gravare, Majoratum regularem eligendo: nam regula juris est, quod nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur:::: cum autem certum sit quod conscientia, secundum jus conformatur:::: nullum primogenitus, conscientiæ suæ detrimentum infert.*

(70) Mem. *desde el n.* 20. *hasta el* 33. *inclusivè.*

(71) Mem. *n.* 37. & 38.

que procurando el dicho Don Juan subirlas de punto, contra lo justificado, y à su antojo, se contentò con decir, (72) que consistian en cerca de 30ꝧ reales.

57. No es de mas consideracion, lo en que el dicho Don Juan la pone grandemente, de haver hecho su hermano la renuncia, ò desistimiento en su hija; porque el executarla fue solo (73) con el fin de habilitarse para succeder en el Mayorazgo de Xuarez: y esto lo consiguiò con solo haver abdicado de si el de Balcarcel; sin que pudiera volver à poseérlo: (74) y el nombramiento de succesor fue cosa insidente, y seqüela de la vacante, y lo executò en su hija, creyendo, y bien; que lo podia, y aun debia hacer asi: y quando se piense haver errado en ello; serà bueno para que se dispute, donde debe, y como à el dicho Don Juan convenga; pero nada influye para la subsistencia, ò insubsistencia de lo que fue renuncia, porque lo util, no se vicia por lo inutil, quando admite division. (75)

58. Creyò bien; porque creyò con fundamento: viò que le era preciso dejar el Mayorazgo, para obtener el de Xuarez, y se hallò, que el Fundador para en este caso, y el de tener el poseédor hijos le dà facultad (76) para nombrar à el mas immediato. Permitamos, que admita duda ¿quien es este immediato? si el hijo primero, si el segundo del mismo poseédor, ò si su hermano? por la grave question, que se mueve sobre esto entre los AA. que cita el Señor Roxas Almansa, siguiendo la opinion, que tuvo por mas cierta (77) y confesamos otras muchas dudas, y dificultades que puedan promoverse. ¿Debiò el dicho Don Francisco resol-

(72) Mem. *num.* 35.

(73) Mem. *num.* 19. Ibi: *Para evitar todo impedimento, y hallarse en estado, de poseer este ultimo* (el Mayorazgo de Xuarez) *hizo desistimiento, &c.*

(74) Mem. *cit. n.* 19. Ibi: *Sin que pudiese volver á èl D. Francisco, reservando solo el derecho á Succeder en el de Xuarez de Castilla por muerte de su Madre.*

(75) Optimè Sarmiento *Sellec. lib.* 6. *C.* 5. per totum, & cum eo plures alios cumulans. D. Castillo *Controv. lib.* 2. *C.* 7. *á n.* 26.

(76) Mem. *n.* 18. Ibi: *Le doi facultad, y licencia, asi à mi hijo, como à todos los demas Succesores, para que pueda nombrar, è nombre al hijo mas propinquo à el Succesor en este Vinculo, è Mayorazgo.*

(77) D. Roxas Almansa *de incompatib. disp.* 2. *quæst.* 11. *per totam.*

resolverlas contra su hija ; y los que esperaba, como ya tiene un Varon ; ò pudo, y debiò hacer el nombramiento en ellos, y que el que se contemplara interesado usase de su derecho? parece que esto segundo es lo cierto, por lo que con el mismo Señor Roxas Almansa queda ya fundado. (78)

59. Tampoco es reparo que la renuncia, no fue para desde luego, sino para otro tiempo, à saber el momento de morir Doña Magdalena Luisa de Herrera : porque sin embargo fue verdadera, y legitima, respecto ; de que no puede negarse, que lo son los contratos condicionales, ò ad diem; (79) y por eso en la question de si los Fundadores de Mayorazgos, pueden poner la condicion, que acostumbran, de que si el poseédor comete algun delito, porque se le deban confiscar sus bienes, se entienda excluso una hora antes de cometerlo ; se resuelve que si, (80) como los Mayorazgos, no sean hechos en virtud de facultad Real; que en tal caso es la resolucion contraria, no por el tiempo, en que la condicion se puso, sino por el privilegio del Fisco.

60. Visto ya que no es impedimento haver podido poseér el Mayorazgo de Balcarcel, y tenidolo con efecto, y que pudo licitamente el dicho Don Francisco hacer esta dicha renuncia : Veamos ahora ¿si por haver tomado la posesion, lo eligiò, renunciando el de Xuarez, que esperaba? Esta es question bien discutida en los AA. el Señor Roxas Almansa, como mas moderno, hace referencia (81) del sentir de cada uno, y resuelve, que no, con los Addentes del Señor Molina, Torre, el Cardenal de Luca, Mie-

(78) Suprà *n.* 63. *&* 64. *marg.*

(79) Cum plurimis Antunez de Portugal de donat. *reg. lib.* 1. prælud. 2. §. 2. *n.* 1. 14. *&* *à num.* 22.

(80) D. Molina de *primog. lib.* 2. *C.*12. *n.*56. & Ibi: Add. cum aliis, quos isti, & ille citant.

(81) D. Roxas Almansa de incompatib. *disp.* 2. *quæst.* 10. *n.* 8. Ibi: *Contrariam Sententiam, nempe quod possit primogenitus, in casu quæstionis nostræ, & in Majoratibus incompatibilibus, ab homine dimittere primum á se possessum, & eligere secundm, de novo venientem communiorem, & verissimam esse credo, & eam sequuntur plurimi Auctores, quorum judicium libenter amplector.*

Mieres, Moez, Don Hermenegildo de Roxas, Carlos Antonio de Luca, el Señor Larrea, el Señor Olea, el Señor Solorzano, y Don Geronimo Cevallos; contra el Señor Valenzuela Velazquez, y el Señor Castillo, expendiendo mui poderosos fundamentos contra la sentencia de estos.

61. Siguieron la opinion de los dichos Señores Valenzuela, y Castillo; Don Hermenegildo de Roxas, su Addicionador Aguila, Torre, y Carlos de Luca, limitando la suya en el caso, de que el Fundador digera, *no quiero, que este mi Mayorazgo, vaya à el que tenga otro: ò excluyo de la succesion de este Mayorazgo à el que tuviere otro*, y en tal caso opinò lo mismo Agustin Barbosa; pero el Señor Roxas Almansa impugnò tambien esta limitacion con razones fortisimas, (82) aprobandola solamente en el caso, de que huviera dicho el Fundador excluìa de su Mayorazgo à el que tuviese otro, aunque estuviese pronto à dimitirlo.

62. De manera, que se cuentan diez Autores de la primera nota, que favorecen à el dicho Don Francisco aun quando este Mayorazgo deba contemplarse comprehendido en la dicha limitacion, contra solo siete, que le son opuestos; dos porque sienten, que la aceptacion del primero Mayorazgo, aunque sea menor, es renuncia de el que se defiere posteriormente, y repudiacion del derecho à succeder en èl: y los cinco restantes, porque ponen la limitacion expresada.

63. Pues esta se querrà decir oportuna para nuestro Mayorazgo; aunque en rigor, no lo es; porque el concepto de ella se redu-

(82) D. Roxas Almansa *ubi suprà á n. 26.* Ibi: *Ego contra talem limitationem insurgo, & assero, quod primogenitus, qui duorum Majoratuum immediatus successor est, si vacante uno, & minori Majoratu; illum aceptaverit, & possideat* (es identicamente nuestro caso en todas sus circunstancias) *postea que alter vacet, sive aequalis, sivè major; poterit eum obtinere, etiam, si talia verba negativa contineat, qualia supra relata sunt, dummodo talis primogenitus paratus sit dimittere primum Majoratum à se possessum; nisi Fundator alia verba addat prædictis Clausulis, ut si dicat* excludo à Successione hujus mei Majoratus habentem alterum, etiam si sit paratus dimittere illum: *Si enim hæc verba, non addat, non judicabitur exclusus.*

reduce à contemplar el Mayorazgo, que tiene tal Clausula incompatible en la adquisicion, (83) y dejamos fundado, (84) que este, no lo es; bien que ahora, como entonces prescindimos de esta disputa, porque el mayor numero de nuestros Autores, su gravedad, por lo menos, no inferior à la de los otros, y la superioridad de sus fundamentos, aseguran el partido del dicho Don Francisco, aunque la incompatibilidad de este Mayorazgo fuese en la adquisicion.

PUNTO QUINTO.

SOBRE QUE ES AGENA DE ESTE PLEITO la disputa en orden à la succesion del Mayorazgo de Balcarcel.

64. DEsconfiando D. Juan Xuarez de Castilla de su Justicia, para obtener ahora el Mayorazgo de Xuarez, ò desengañado, y conociendo no tenerla; aunque apelò de la Sentencia de el Ordinario en este Tribunal pretendiendo, su revocacion, pidiò, (85) que quando à ello no haya lugar, se declare haversele transferido la posesion de el de Balcarcel; pero esto no se le hà contextado por su hermano, diciendo (86) que el punto de succesion de dicho Mayorazgo, no puede disputarse, aqui, ni ahora; sino donde toca, y quando à el Don Juan convenga. (87)

65. La Justicia, que asiste á dicho Don Francisco para esta dilatoria, es evidente; porque la principal demanda de Don Juan fue ceñida à que se declarase por de ningun

H efec-

(83) Roxas de *incompatib. part.* 7. *cap.* 4. *n.* 48. Ibi: *Nam tunc juxta voluntatem institutoris adempta fuit successio sub illa condictione, & ex inde optio, seu electio.* Aguila ibid. *num.* 64. Ibi: *Cum:::: delationem alterius Majoratus, non suspendat:::: nisi vocatio secundi Majoratus ita concepta sit, &c.* Torre de Major. *tom.* 1. *C.* 33. *n.* 71. Ibi: *Solummodo habet vocationem quilibet alius de familia.* Barbosa *vot.* 122. *n.* 102. Ibi: *Censetur:::: adempta potestas, patronis eam dandi* (Capellaniam) *Beneficium alium obtinenti.*

(84) Suprà *num.* 37.

(85) Mem. *num.* 39.

(86) Mem. *num.* 40.

(87) Mem. *num.* 3.

efecto la posesion, que se havia dado à dicho su hermano del Mayorazgo de Xuarez, y haverse transferido à èl, la civil, y natural, y que se le mandase dar la Real corporal, vel quasi de sus bienes, con recudimiento de frutos, desde la muerte de su Madre: y de ella pidiò absolucion el dicho Don Francisco, y la obtuvo, (88) sin que huviese igual demanda sobre la succesion del Mayorazgo de Balcarcel, ni menos contestacion, y substanciacion en la primera instancia, que no se puede excusar: y por eso, quando en la segunda instancia, se añade nueva pretension debe remitirse à el ordinario. (89)

(88) Mem. *num.* 4.

(89) Latissimè D. Salgado de Suplic. ad Sanctis *p.* 2. *c.* 8. *per totum* signanter *á n.* 3. Ibi: *Super articulo, & jure noviter deducto in instantia apellationis omnimodo diverso, & separato á principali petitione, & libello, ex ab illo minimè dependente, opus esse novo judicio, & nova instantia, ut per consequens semper ad Ordinarium remitenda.*

66. Son asuntos mui distintos, que el Mayorazgo de Xuarez, pertenezca, ò no à el Don Juan por las razones, que lo pretende, que fue lo demandado en la primera instancia; y quien deba succeder à Don Francisco en el de Balcarcel, recayendo en èl, el de Xuarez, por muerte de su Madre. El primero pertenece à este fuero, y se ha seguido en èl, porque aqui se fundò, y están los bienes de dicho Mayorazgo: y por consiguiente, el segundo, sobre la disputa, de quien debiò succeder en la vacante, que se causò por el desistimiento, ò renuncia del dicho Don Francisco, (que es lo que la havrà causado, aunque V.S. quien lo declare) debe ser en el Fuero de Canarias por nueva demanda.

67. Porque estas se deben poner en el fuero competente, y aunque siendo sobre Mayorazgos pueda en los Tribunales Superiores: mayormente, si son en juicio de propiedad; hà de ser tambien en aquel à cuyo territorio coresponde, à saber en donde estè;

ya

ya la cabeza del Mayorazgo ; ò ya ella con algunos bienes : ò ya la mayor parte de estos , en que hay diversas opiniones ; pero todas convienen en que se hà de buscar la situacion de los bienes , ò Cabeza del Mayorazgo , (90) y en nuestro caso , asi la cabeza , ò casa principal , como todos los demas de el de Balcarcel se hallan en Canarias, (91) por lo que alli ya sea ante Juez Ordinario , ò en su Real Audiencia ; se debe poner la demanda sobre la succesion de èl , y solo por apelacion puede venir à este Tribunal.

68. Si à Don Juan Xuarez de Castilla, no se le huviera ofrecido reparo en dicho desistimiento , y estimara , que su hermano era legitimo poseédor del dicho Mayorazgo de Xuarez , pero no lo era la hija del de Balcarcel , ¿donde havia de haver puesto la demanda sobre este? precisamente en Canarias , donde se fundò , y estàn sus bienes, como por esta razon la puso en Sevilla para el Mayorazgo de Xuarez. Y siendo como esto es asi ; se desea ver fundado , que lo que no haría , ni pudiera , no haviendo puesto demanda , à que se declare , no haver lugar ; lo pueda hacer , porque la puso injustamente.

69. Una cosa es , que el Mayorazgo de Xuarez sea incompatible de esta , ò aquella clase , y que por esto pertenezca à Don Juan , y no à su hermano Don Francisco, que es lo demandado , y litigado en este pleito : y otra quien deba succeder en el de Balcarcel , que por dicha incompatibilidad quedò vacante , que es lo que se promueve en la segunda instancia : y debiendo pasar à aquel à quien perteneciere con arreglo à su Fundacion , y sobre esto haver demanda , è ins-

(90) D. Salgado Labyr *part.* 1. *C.* 4. *n.* 27. cum D. Molina de primog. *lib.* 3. *C.* 13. *n.* 74. Mieres de Major. *part.* 1. *quæst.* 58. *à n.* 35. Parladorio *sexquicent. difer.* 11. *á n.* 6. Ripol. *var. resol.* *C.* 1. *de jurisdic. omn. judic. à num.* 65. *Insuper* Add. D. Molinæ *à n.* 7. Rodriguez *de Concursu. part.* 1. *art.* 6. *ex n.* 27. & Patre Molina *disput.* 638. *num.* 11.

(91) Mem. desde *el n.* 21. *à el* 27. *inclusive.*

instancia separada, entre las personas, que lo pretendan, no hay, porque este nuevo pleito no haya de ser en el fuero, à que corresponde, segun su naturaleza: sirviendo la Executoria, que recayere sobre el dicho Mayorazgo de Xuarez para justificacion de ser cierta la vacante; del mismo modo, que havia de servir en el presente caso el desistimiento del Don Francisco; y en otro la feè, ò equivalente justificacion de la muerte del ultimo poseédor; sino huviese havido dificultad en ellas.

70. Si en este pleito se declara, que todavia es poseédor Don Francisco Xuarez de Castilla del Mayorazgo de Balcarcel, quedando insubsistente la renuncia; no se podria decir haver vacado este Mayorazgo, ni tratarse de su succesion: y por consiguiente la demanda, y disputa sobre ella debe ser despues, de que con la Executoria que recaiga en este pleito, quede firme su vacante.

71. Y sobre todo siendo el favor de la primera instancia, no solo en beneficio del Juez, sino tambien de las partes; (92) el que se declarase ahora à quien pertenece el Mayorazgo de Balcarcel, seria, no solo perjuicio, y agravio de la Jurisdiccion à quien toca el conocimiento de ello; si no tambien de los hijos del dicho Don Francisco: mayormente, quando, como no hà contextado la nueva demanda deducida en segunda instancia, si no opuesto la dicha dilatoria, no se ha tomado perfecto conocimiento, de todas las excepciones peremptorias, que contra ella competen, y quedan enunciadas, (93) y quedarian estos indefensos.

(92) D. Salgado *ubi suprà C.* 3. §. *unico à n.* 5.

(93) Suprà *num.* 58.

De

72. De todo resulta que la Sentencia del Ordinario debe confirmarse; como por los expresados fundamentos, y otros Superiores, que alcanza la sabia penetracion de la Sala, le espera Don Francisco Xuarez de Castilla. Salvo, &c. Sevilla, y Marzo catorce de mil setecientos ochenta y cinco.

Lic.do Don Juan Manuel de Vargas y Alarcos.

Sevilla 7 de Junio de 1785. Están conformes los hechos, que se citan, con los que resultan de los Autos.

Lic.do Socueba.